



Convenio sobre la Diversidad Biológica

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG-ABS/7/3
10 de febrero de 2009

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

GRUPO ESPECIAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Séptima reunión

París, 2-8 de abril de 2009

Tema 3.3 del programa provisional*

INFORME DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE EXPERTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS SOBRE CUMPLIMIENTO CON EL RÉGIMEN INTERNACIONAL SOBRE EL ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Nota del Secretario Ejecutivo

INTRODUCCIÓN

A. Antecedentes

1. En el párrafo 11 de la decisión XI/12, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica decidió:

“[...]tres grupos distintos de expertos técnicos y jurídicos en: i) cumplimiento; ii) conceptos, términos y expresiones, definiciones funcionales y enfoques sectoriales; y iii) conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. El mandato de los grupos, incluidos los criterios para la selección de expertos, se establece en el anexo II de la presente decisión;”

2. La sección A del anexo II de la decisión XI/12 dice:

“1. un grupo de expertos técnicos y jurídicos sobre el cumplimiento para examinar más a fondo la cuestión del cumplimiento con miras a prestar asistencia al Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios. El grupo de expertos proporcionará asesoramiento jurídico y, de ser apropiado, técnico, incluidas, cuando proceda, opciones y/o escenarios. El grupo de expertos se ocupará de las siguientes preguntas:

a) Qué clase de medidas están disponibles o pudieran ser desarrolladas en el derecho internacional público y privado para:

i) Facilitar, prestándose particular consideración a la justicia y equidad, y teniendo en cuenta el costo y la eficacia:

a) el acceso a la justicia, incluida la resolución de controversias como alternativa;

b) el acceso a los tribunales de demandantes extranjeros;

* UNEP/CBD/WG-ABS/7/1.

- ii) Prestar apoyo a un reconocimiento mutuo e imposición de sentencias en una y otra jurisdicción; y
- iii) Proporcionar recursos y sanciones en asuntos civiles, comerciales y criminales;

para asegurar el cumplimiento de la legislación y requisitos nacionales en materia de acceso y participación en los beneficios, incluidos el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas;

b) Qué clase de medidas voluntarias están disponibles para mejorar el cumplimiento de los usuarios de los recursos genéticos extranjeros;

c) Considerar la forma por la que las definiciones internacionalmente convenidas de apropiación indebida y abuso de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados pudieran prestar apoyo al cumplimiento cuando se ha tenido acceso a los recursos genéticos o han sido utilizados en contravención de la legislación nacional o sin el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas;

d) Cómo pudieran las medidas de cumplimiento responder al derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales

e) Analizar si son necesarias particulares medidas de cumplimiento para investigar la intención no comercial, y de ser así, cómo pudieran estas medidas atender a los retos provenientes de modificaciones de la intención y/o de los usuarios, considerándose particularmente el desafío proveniente de una falta de cumplimiento de la legislación sobre acceso y participación en los beneficios pertinente y/o sobre las condiciones mutuamente acordadas.

2. El grupo de expertos estará regionalmente equilibrado y constituido por treinta expertos designados por Partes y por diez observadores, incluidos tres observadores de comunidades indígenas y locales designados por las mismas, y los restantes observadores provenientes de organizaciones y acuerdos internacionales, entre otros, de instituciones de investigación y académicas y de organizaciones no gubernamentales.”

3. En consecuencia, el Grupo de trabajo de expertos jurídicos y técnicos sobre cumplimiento con el acceso y la participación en los beneficios dentro del contexto internacional se reunió en Tokio, del 27 al 30 enero de 2009, de conformidad con las decisiones de la Conferencia de las Partes antedichas, con el apoyo financiero y técnico del gobierno de Japón. Además del país anfitrión, brindaron apoyo financiero los gobiernos de Alemania, Austria y España.

B. Asistencia

4. Conforme con la decisión IX/12, anexo II, se seleccionaron 30 participantes de los expertos designados por los gobiernos de cada región geográfica, tomando en consideración su pericia, la necesidad de asegurar una distribución geográfica justa y equitativa y el equilibrio de géneros. Asimismo se seleccionaron 10 observadores de los representantes de las comunidades indígenas y locales, organismos y acuerdos internacionales, la industria, las instituciones de investigación/universidades y organizaciones no gubernamentales. La lista de los expertos y observadores elegidos fue aprobada por la Mesa de la Conferencia de las Partes.

5. A la reunión asistieron expertos designados por Argelia, Australia, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Comoras, Cuba, Dinamarca, España, Filipinas, India, Japón, Malasia, México, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Perú, República de Corea, República de Moldova, Senegal, Serbia, Tayikistán, Ucrania y Uganda. El experto de Bulgaria, que también había sido elegido e invitado a la reunión, no pudo participar en la misma.

6. Expertos provenientes de los siguientes organismos participaron en calidad de observadores: el Consejo Saami, el Centro Internacional de Pueblos Indígenas para la Investigación de Políticas y

Educación (Tebtebba), la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGRFA), el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU/IAS), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), Eli Lilly & Company, Access y Benefit Sharing Alliance (ABSA) y la Declaración de Berna. Se invitó a un experto del Instituto Indígena Brasileño para Propiedad Intelectual (INBRAPI), pero éste no pudo participar.

7. Además, asistieron, como observadores *ex officio*, los Copresidentes del Grupo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios, los Sres. Timothy Hodges, de Canadá, y Fernando Casas, de Colombia, un representante del país anfitrión de la décima reunión de la Conferencia de las Partes (Japón), y un representante de la Mesa de la Conferencia de las Partes. Asimismo estuvo presente un representante del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

TEMA 1. APERTURA DE LA REUNIÓN

8. La reunión se inauguró a las nueve horas del martes, 27 enero de 2009.

9. En nombre del país anfitrión, Su Excelencia Akihiko Furuya, Embajador de Japón para el Medio Ambiente Mundial, dio la bienvenida a los participantes y recordó que el régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios se concluiría en la décima reunión de la Conferencia de las Partes, en la ciudad de Nagoya. Japón había decidido ser anfitrión de la reunión de expertos para poder facilitar las negociaciones y esperando que brindara una perspicaz comprensión, contribuyendo de este modo a llenar la laguna existente entre los países aportadores y usuarios de recursos genéticos. Japón también había contribuido a la reunión poniendo a disposición los servicios del Profesor Hiroji Isozaki, el experto más calificado entre los profesores japoneses. Japón esperaba que el informe de la reunión hiciera buenos aportes y brindara orientación al Grupo especial de trabajo de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios y contribuyera a reducir la distancia existente entre las delegaciones. En efecto, para que las negociaciones del régimen internacional tuvieran éxito, era esencial asegurar una comprensión correcta de las cuestiones por parte de las delegaciones y también de los interesados que participan en la industria y la sociedad civil. Japón no había escatimado ningún esfuerzo para que la reunión se celebrase en las mejores condiciones posibles con el fin de permitir a los participantes concentrarse en debatir cuestiones importantes y expresó su gratitud al personal de la Secretaría por la colaboración prestada en la organización de la reunión.

9. El Sr. Olivier Jalbert, Funcionario superior, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en nombre del Sr. Ahmed Djoghlaif, Secretario Ejecutivo del Convenio, manifestó su agradecimiento al gobierno de Japón por ser anfitrión de la reunión. Subrayó las recientes iniciativas del gobierno de Japón en apoyo del Convenio, en especial mediante su generosa oferta de ser anfitrión de la décima reunión de la Conferencia de las Partes en Nagoya, Prefectura de Aichi, en October 2010, así como su iniciativa de incluir la diversidad biológica como una cuestión prioritaria de la Cumbre de ministros de medio ambiente del G8, que había llevado al *Llamado a la acción de Kobe para la Biodiversidad*. Además, el compromiso de Japón con el uso sostenible de la diversidad biológica se había puesto en evidencia en la *Iniciativa de Satoyama*, una iniciativa para recopilar y divulgar información sobre conocimientos tradicionales y locales basada en el sistema tradicional japonés de gestión del paisaje, que era muy similar al enfoque por ecosistemas elaborado dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El Sr. Jalbert recordó el mandato del Grupo de expertos técnicos, tal como aparece en la decisión IX/12, anexo II, de la Conferencia de las Partes, y subrayó que los participantes habían sido seleccionados en base de su pericia y se les había solicitado que brindaran asesoría jurídica y técnica sobre la cuestión de cumplimiento, cuestión que se encontraba en el centro mismo de las negociaciones del régimen internacional. Esta reunión de expertos podría contribuir de manera significativa al avance, dado que una mayor certeza y una comprensión común sobre el cumplimiento facilitaría la negociación de otros elementos del régimen. Para finalizar, el Sr. Jalbert dio la bienvenida a los Copresidentes del Grupo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios, el representante de la Mesa y el Presidente de la décima reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la

Diversidad Biológica, como observadores *ex officio*, y deseó a los participantes que la reunión tuviera éxito.

TEMA 2. CUESTIONES DE ORGANIZACIÓN

2.1. Directivos

10. Al abrirse la sesión, el 27 de enero de 2009, los participantes eligieron al Prof. Hiroji Isozaki (Japón) y la Dra. Mónica Rosell (Perú) como Copresidentes de la reunión.

2.2. Adopción del programa

11. El Grupo adoptó el siguiente programa basándose en el programa provisional (UNEP/CBD/GTLE/2/1):

1. Apertura de la reunión.
2. Cuestiones de organización.
3. Cumplimiento con el régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios.
4. Aprobación del informe.
5. Clausura de la reunión.

2.3. Organización de las actividades

12. En su sesión inaugural, el Grupo decidió trabajar inicialmente en sesión plenaria, con la posibilidad de dividirse en grupos de trabajo más pequeños, según se requiriera, durante los días siguientes.

TEMA 3. CONCEPTOS, TÉRMINOS Y EXPRESIONES, DEFINICIONES FUNCIONALES Y ENFOQUES SECTORIALES RELACIONADOS CON EL RÉGIMEN INTERNACIONAL SOBRE EL ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

13. Al abordar los temas establecidos en el mandato del grupo de expertos, el Grupo tuvo ante sí una recopilación de propuestas presentadas por las Partes, gobiernos, organismos internacionales, pueblos indígenas y comunidades locales y partes interesadas pertinentes (UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/2), además de los siguientes documentos e información: Estándar Internacional para la Recolección Silvestre Sostenible de Plantas Medicinales y Aromáticas (ISSC-MAP), presentado por Cámara de Comercio Internacional (ICC) (UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/1), un proyecto de Estudio comparativo de los costos reales y de transacciones implicados en el acceso a la justicia entre una y otra jurisdicción (UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/2), un proyecto de Estudio sobre cumplimiento en relación con el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales, legislación nacional, entre una y otra jurisdicción y derecho internacional (UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/3) y proyectos de estudios sobre vigilancia y supervisión de recursos genéticos (UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/4).

14. Durante los cuatro días de la reunión, los expertos examinaron detenidamente las cuestiones de cumplimiento con el régimen internacional sobre acceso y beneficio, basado en las cinco preguntas hechas por la Conferencia de las Partes con el fin de asistir al Grupo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios, teniendo presente que su mandato consistía en suministrar asesoría jurídica y técnica al Grupo de trabajo.

15. Los resultados de las deliberaciones figuran en el anexo del presente informe.

TEMA 4. APROBACIÓN DEL INFORME

16. Se aprobó el presente informe en la última sesión de la reunión, a las 6h30 del 31 enero de 2009.

TEMA 5. CLAUSURA DE LA REUNIÓN

17. Los participantes expresaron su agradecimiento al gobierno de Japón por haber sido anfitrión de la reunión.
18. Después del acostumbrado intercambio de cortesías, la reunión se cerró a las 6h30 del sábado, 31 de enero de 2009.

*Anexo***RESULTADOS DE LA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE EXPERTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS SOBRE CUMPLIMIENTO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL CON EL ACCESO Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS**

1. El Grupo de expertos jurídicos y técnicos sobre cumplimiento se reunió para suministrar asesoría jurídica y técnica, donde corresponda, como las opciones y/o hipótesis relativas a las cuestiones identificadas para su consideración en la decisión IX/12, anexo II, sección A, párrafo 1. Los resultados de los debates se reflejan a continuación.

a) ¿Qué clase de medidas están disponibles, o pudieran ser desarrolladas en el derecho internacional público y privado para:

i) Facilitar, prestándose particular consideración a la justicia y equidad, y teniendo en cuenta el costo y la eficacia:

- a) el acceso a la justicia, incluida la resolución de controversias como alternativa;**
- b) el acceso a los tribunales de demandantes extranjeros;**

ii) Prestar apoyo a un reconocimiento mutuo e imposición de sentencias en una y otra jurisdicción;

iii) Proporcionar recursos y sanciones en asuntos civiles, comerciales y criminales;

para asegurar el cumplimiento de la legislación y requisitos nacionales en materia de acceso y participación en los beneficios, incluidos el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas?

2. Para abordar la pregunta a), los expertos consideraron primero el contexto en el que se examinará la cuestión de cumplimiento y determinaron que deberían considerar si:

- (a) Se había cumplido con la legislación nacional sobre acceso y participación en los beneficios; y
- (b) Se había cumplido con los acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos).

3. Si bien se consideró que estaba fuera del mandato, se abordaron temas de incumplimiento de las Partes con las estipulaciones del Convenio de Diversidad Biológica, inclusive referencias a los mecanismos para solución de controversias. Asimismo algunos expertos sugirieron que el régimen internacional puede resultar en componentes internacionales que podrían requerir un mecanismo de plena conformidad.

4. No obstante, los expertos convinieron en considerar más minuciosamente situaciones de incumplimiento con la legislación nacional sobre acceso y participación en los beneficios o condiciones mutuamente acordadas, como las reflejadas en los acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos) con el fin de determinar en cada una de estas situaciones el modo de:

- (a) Facilitar el acceso a la justicia, incluida la resolución de controversias como alternativa;
- (b) Facilitar el acceso a los tribunales de demandantes extranjeros;
- (c) Prestar apoyo a un reconocimiento mutuo e imposición de sentencias en una y otra jurisdicción; y
- (d) Proporcionar recursos y sanciones en asuntos civiles, comerciales y criminales.

5. Los expertos estudiaron:
 - (a) Si podría aplicarse el derecho internacional público y/o privado;
 - (b) Si se podrían adaptar los instrumentos existentes; y
 - (c) Si se podrían prever nuevas medidas como parte de un régimen internacional.

Sobre este último punto, se propusieron otros enfoques para facilitar el cumplimiento.

6. En las deliberaciones, algunos expertos propusieron varias consideraciones generales:
 - (a) Reconociendo los derechos soberanos de los estados sobre sus recursos, si bien una armonización completa de las medidas nacionales no era factible ni/o deseable, podría incluirse un grupo de requisitos mínimos para regímenes sobre participación en los beneficios en el régimen internacional, con el fin de facilitar el cumplimiento entre jurisdicciones;
 - (b) Para asegurar el cumplimiento con los requisitos de acceso y participación en los beneficios, los usuarios y aportadores deberían tener una mayor comprensión de la cuestión (sensibilización pública);
 - (c) Desde el punto de vista práctico sería más eficaz en función de los costos establecer internacionalmente obligaciones convenidas, que aseguren el cumplimiento con la legislación nacional y el régimen internacional relativos al acceso y la participación en los beneficios e impidan el uso y la apropiación indebidos y la biopiratería de los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales conexos, que desviar recursos a procesos judiciales caros y prolongados para abordar las cuestiones de incumplimiento.

A. Legislación nacional sobre acceso y participación en los beneficios

1) Si no existe una legislación nacional

a) ¿Qué medidas actuales pueden utilizarse para abordar estas cuestiones en el nivel nacional e internacional?

7. Primeramente los expertos trataron la situación en que falta legislación sobre acceso y participación en los beneficios. Se consideraron diversas situaciones.
8. Se reconoció que, dependiendo de su sistema jurídico, la ratificación o la adhesión de un país al Convenio puede requerir legislación nacional ejecutoria para poner en práctica las estipulaciones del Convenio como una base para el cumplimiento.
9. En algunos países la ratificación o la adhesión pueden resultar en la incorporación directa del Convenio a la legislación nacional. No obstante, el cumplimiento dependería de la naturaleza y de si las estipulaciones del Convenio están lo suficientemente detalladas como para poder aplicarse directamente.
10. Tomando en consideración que el Artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, aunque exige a las Partes tratar de crear condiciones que faciliten el acceso a los recursos genéticos para que sean utilizados razonablemente desde el punto de vista ambiental, no obliga a los países a adoptar una legislación relativa al acceso, algunas de las Partes podrían decidir no implantar medidas sobre esta cuestión. No obstante, las Partes tienen una obligación de tomar medidas legislativas, administrativas y políticas, según corresponda, con el fin de lograr la participación en los beneficios, conforme al artículo 15 7).
11. Se trató una situación en la que un país puede no haber instituido medidas legislativas sobre acceso y participación en los beneficios dejando potencialmente a los individuos, en particular a las comunidades indígenas y locales, sin posibilidades de recursos. Para considerar estos casos, el régimen internacional podría requerir una legislación nacional que asegure la protección de los derechos a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales conexos. En los países donde dicha legislación nacional no es posible como una cuestión de política estatal, el régimen internacional podría crear y/o hacer referencia a principios y mecanismos de derecho internacional para asegurar que las comunidades

indígenas y locales reciben el mismo tipo de protección. Otros puntos de vista sobre este tema se expresaron en la sección D.

12. Podría considerarse que otras Partes puedan querer promulgar medidas legislativas pero no tienen la capacidad de crearlas. En estos casos el régimen internacional podría prever medidas financieras y de creación de capacidad para ayudar a las Partes a elaborar la legislación sobre acceso y participación en los beneficios, lo que a su vez facilitaría el cumplimiento. Experiencias previas, por ejemplo, el Protocolo de Cartagena, demostraron que el régimen internacional podría estimular el desarrollo de una legislación nacional relativa al cumplimiento. No obstante, los países no deben esperar a que se desarrolle un régimen internacional para crear su propia legislación, tomando en consideración las Directrices de Bonn.

13. Por otra parte, las normas y condiciones convenidas internacionalmente podrían utilizarse como un procedimiento implícito. Un experto de la industria agregó que el Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios debería considerar la creación, dentro del régimen internacional, de estipulaciones específicamente dirigidas a satisfacer las necesidades de la mayoría de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que carecen de regímenes nacionales sobre acceso y participación en los beneficios para que incluyan los elementos necesarios mínimos que permitan la participación en actividades relativas al acceso y la participación en los beneficios en esas jurisdicciones, *inter alia*, i) identificación de centros de coordinación nacionales; ii) autoridades nacionales competentes; iii) establecimiento de un requisito que obliga a los usuarios y aportadores a concluir acuerdos escritos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos) para resolver cuestiones de consentimiento fundamentado previo, condiciones mutuamente acordadas y otros asuntos pertinentes.

14. No obstante, en ausencia de una legislación sobre acceso y participación en los beneficios se podría concluir un contrato entre aportador y usuario, de conformidad con los mecanismos administrativos y reglamentarios existentes. Este contrato podría prever una gama de disposiciones que faciliten el cumplimiento con el contrato, inclusive una cláusula relativa a la solución de controversias.

2) Si se infringe la legislación nacional:

a) ¿Qué medidas existentes pueden usarse para resolverlo?

i) Dentro del territorio nacional

15. En principio cada parte tiene el poder de crear y aplicar dentro de su propia jurisdicción una gama de opciones penales, civiles y administrativas en caso de situaciones que violen la legislación relativa al acceso y la participación en los beneficios, y de adaptar estas opciones a sus circunstancias nacionales. No obstante, se puede hacer referencia a la sección 1 a) de este informe en relación con los casos donde no hay una legislación nacional.

ii) Entre jurisdicciones

16. Legalmente no es posible que un país aportador aplique sus soluciones penales y administrativas en otra jurisdicción nacional. Esto debería distinguirse de la situación en la cual el país aportador puede buscar la ayuda de otros países para aplicar sus sanciones penales en su propia jurisdicción (por ejemplo, asistencia jurídica mutua y extradición en cuestiones penales). Se debe tomar en consideración que los tratados bilaterales que tratan sobre sanciones penales pueden requerir prueba de doble criminalidad en ambos países, lo cual podría ser difícil, dado que muchos países no tienen legislación sobre acceso y participación en los beneficios.

17. Por lo tanto, el régimen internacional podría prever medidas para facilitar la cooperación internacional destinada a aplicar sanciones entre una y otra jurisdicción. Este concepto se desarrolla más en la sección c).

18. Algunos ejemplos de mecanismos existentes son:

(a) Acuerdos bilaterales, como la asistencia jurídica mutua y acuerdos de extradición y multilaterales, como la Convención contra el Crimen Transnacional Organizado. Estos instrumentos

podrían ser aplicables en caso de violación de la legislación nacional sobre el acceso y la participación en los beneficios, pero sólo si se cumplen sus condiciones específicas en un caso particular.

(b) La *Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de la UNESCO y Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de la UNESCO, Proyecto de Protocolo sobre el Tráfico de Productos y Sustancias Ilícitas del Tabaco de la OMS*. Estos instrumentos abordan cuestiones que son, de alguna manera, análogas al acceso y la participación en los beneficios y podrían usarse como referencia para otras consideraciones posteriores de violación de la legislación nacional sobre dicho acceso y participación.

b) ¿Podrían adaptarse las medidas existentes para llenar los vacíos? De ser posible, ¿cuál sería la función del régimen internacional para abordar esta cuestión?

19. Aun si existen mecanismos que pueden servir de ejemplo de aplicación interjurisdiccional, como los mencionados anteriormente, la cuestión que queda por resolver es si esos instrumentos son suficientes. La violación de las legislaciones nacionales sobre el acceso y la participación en los beneficios y los requisitos del CDB podrían incluirse en alguno de los instrumentos indicados, pero es posible que un instrumento tenga que enmendarse donde corresponda. Sería aconsejable considerar las cuestiones de costo, tiempo, alcance de cobertura y voluntad política. Las Partes podrían evaluar la utilidad de dichos instrumentos donde se utilizan.

20. Debe tomarse en consideración que la asistencia mutua bilateral existente y los tratados de extradición son típicos y se basan típicamente en delitos con intención dolosa. No obstante, algunos casos de incumplimiento con la legislación sobre acceso y participación en los beneficios provienen de una falta de sensibilización pública o comprensión. En tal el caso, estos tratados pueden no aplicarse.

21. Sin embargo, en el caso de que existan mecanismos internacionales para resolver la apropiación o el uso indebidos de recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos, esto no impediría que el régimen internacional considerase tales cuestiones.

c) ¿Podrían preverse otras medidas internacionales para abordar esta cuestión como parte de un régimen internacional?

i) Expansión de los acuerdos bilaterales actuales para la aplicación transfronteriza ^{1/}

22. Con el fin de mejorar la aplicación de los mecanismos actuales, se podría considerar una cierta armonización del régimen internacional. Por ejemplo, normas de debido procedimiento legal, reconocimiento mutuo, recursos básicos y plazos. El reto consiste en asegurar la flexibilidad en todo requisito de armonización.

ii) Otras medidas internacionales

23. El régimen internacional podría considerar la necesidad de que las Partes cooperen en las cuestiones interjurisdiccionales. Asimismo, el régimen internacional podría incluir criterios que sirvan de orientación a los tribunales para abordar la cuestión del cumplimiento con el acceso y la participación en los beneficios entre una y otra jurisdicción.

24. Otra posibilidad es adaptar nuevas disposiciones mediante el régimen internacional para abarcar la aplicación de una obligación convenida internacionalmente para que las legislaciones nacionales prescriban que todo usuario cumpla con la legislación nacional relativa al acceso y la participación en los beneficios y/o los requisitos de un país aportador. Asimismo se pueden adaptar estipulaciones para las obligaciones del Convenio de Diversidad Biológica al tener acceso a los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales conexos en ese país aportador para usar los recursos genéticos a los cuales se tiene acceso.

^{1/} También se podría considerar la introducción de una cláusula habilitante en el régimen internacional para dar curso a la responsabilidad civil.

25. Otros expertos consideraron que sería anómalo en cuestiones penales convenir en la aplicación de legislaciones penales o cuasi penales no examinadas de cualquier estado del mundo.

26. Toda otra medida debería ser eficaz en función de los costos; debería concentrarse en los esfuerzos donde hay casos importantes de incumplimiento; no debería ser un “molde único” para que pueda ser eficiente; maximizar la distribución de los recursos limitados; impedir el incumplimiento y, por último, evitar controversias.

27. Podrían considerarse las siguientes medidas:

(a) Certificados de cumplimiento internacionalmente reconocidos^{2/} como medio de confirmar si se ha cumplido con las legislaciones nacionales. Un sistema de certificados podría evitar el difícil proceso de armonizar plenamente las legislaciones nacionales importantes.^{3/} El régimen internacional podría abordar las consecuencias posibles de no tener el certificado. Por ejemplo, si el régimen internacional no requiere que un país expida un certificado o en el caso de que la falta de certificado se deba a violaciones de la legislación nacional actual sobre acceso, el régimen internacional podría brindar recursos, sanciones y la oportunidad de probar adquisiciones de buena fe y/o la posibilidad de corregir la situación;

(b) El certificado debe tener un formato estándar. Esto podría asociarse con un identificador único codificado.^{4/} Se deberían considerar todas las consecuencias, como costos, beneficios y factibilidad, tomando en consideración el informe de la reunión del Grupo de expertos técnicos sobre un certificado internacionalmente reconocido de origen/fuente/procedencia jurídica (véase párrafos 43 y 44). Podían servir de referencia ejemplos como CITES o el sistema multilateral del Tratado Internacional de la FAO;

(c) Se deberían establecer puntos de comprobación, por ejemplo, comerciales y no comerciales, e inclusive puntos de registro que vayan más allá de los derechos de propiedad intelectual, financiamiento para investigación, edición, colecciones *ex-situ*. Por ejemplo, en el caso de los certificados, una referencia útil puede encontrarse en los puntos de comprobación elaborados e identificados en los párrafos 31-36 del informe de la reunión del Grupo de expertos técnicos sobre un certificado internacionalmente reconocido;

(d) Un mecanismo de facilitación modelado en el Protocolo de Cartagena para el intercambio de información. También podrían considerarse bases de datos. Se podría exigir a las autoridades competentes que registrasen los certificados en dicho mecanismo de facilitación;

(e) Mecanismos de vigilancia. Los países usuarios podrían supervisar el cumplimiento con las legislaciones nacionales de los países aportadores donde esas actividades sean traídas a su atención, por ejemplo, mediante los puntos de comprobación, e informar a los centros de coordinación del país aportador y al mecanismo de facilitación;

(f) Mecanismos de notificación y comunicación. Los países aportadores podrían notificar las instancias de tales actividades a los centros de coordinación del país y al mecanismo de facilitación. Los países aportadores también podrían informar a una base de datos sobre sus decisiones basadas en consentimiento fundamentado previo;

(g) Obligación convenida internacionalmente para que el usuario declare que está en cumplimiento con las leyes del país aportador en determinados puntos de comprobación;

^{2/} Informe de la reunión del Grupo de expertos técnicos sobre un certificado reconocido internacionalmente, (UNEP/CBD/WG-ABS/5/7), párrafo 7.

^{3/} Véase el Informe de la reunión del Grupo de expertos técnicos sobre un certificado reconocido internacionalmente, (UNEP/CBD/WG-ABS/5/7).

^{4/} Ibid., párrafo 22.

(h) Una entidad de participación pública internacional para efectuar investigaciones de incumplimiento que pueda suministrar informes de determinación de hechos admisibles como evidencia en un litigio;

(i) Divulgación de las obligaciones sobre procedimientos de aprobación de sistemas de patentes y comercialización para impedir la apropiación y/o uso indebidos de recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos, tomando en consideración que la divulgación es una cuestión polémica con varias perspectivas diferentes;

(j) Un requisito obligatorio de que se concluyan contratos precisos en el momento de acceso para fines de bioprospección con el fin de evitar controversias posteriores, minimizar los costos de las transacciones y dar confianza a los aportadores y usuarios, tomando en consideración las capacidades relativas de las partes contratantes;

(k) Un requisito para nombrar a un representante en el país aportador para notificar, de manera tal que puedan facilitarse los procedimientos administrativos y/o penales;

(l) Un mecanismo de solución de controversias que pudiera parecerse a los mecanismos individuales/estatales como está considerado en los tratados bilaterales de inversión;

(m) Incentivos tales como acceso privilegiado, inclusive incentivos basados en el mercado;

(n) Bibliotecas digitales de conocimientos tradicionales, registros y otras compilaciones, con participación voluntaria.

B. Acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos)

28. Esta sección trata las condiciones bilaterales convenidas por mutuo acuerdo sobre el acceso y la participación en los beneficios.

29. Las condiciones mutuamente acordadas pueden expresarse de distintas maneras e involucrar a diferentes agentes. En ciertas situaciones, uno de los agentes puede ser un gobierno y el otro una entidad privada; y en otras situaciones, ambos actores pueden ser entidades privadas.

1) De no haber acuerdo sobre acceso y participación en los beneficios (contrato)

a) ¿Qué medidas existentes pueden usarse para resolverlo a nivel nacional e internacional?

30. No se dispone de medidas que aborden la cuestión del acceso y participación en los beneficios, si no existe una legislación ni se ha firmado un acuerdo sobre dicho acceso y participación (contrato).

2) En caso de incumplimiento con un acuerdo sobre acceso y participación en los beneficios (contrato)

a) ¿Qué medidas existentes pueden usarse para resolverlo? ¿en derecho internacional público y privado?

(i) Acceso a la justicia, incluida la resolución de controversias como alternativa

(ii) Acceso a los tribunales de demandantes extranjeros

(iii) Reconocimiento mutuo e imposición de sentencias

Derecho internacional privado

31. Los acuerdos por contrato determinan por lo general la manera en que se pueden resolver controversias e incluyen cláusulas para la solución apropiada de controversias.

32. El derecho internacional privado regula las relaciones entre las entidades privadas entre jurisdicciones. En particular, trata de regular i) qué jurisdicción se aplica a una controversia; ii) qué leyes se aplican a la controversia; iii) si los juicios o sentencias se reconocen y pueden aplicarse en otra jurisdicción y de qué manera puede hacerse. Cada estado tiene sus propias reglas nacionales sobre conflictos jurídicos, pero algunas de ellas pueden haber sido armonizadas mediante convenciones, directrices y leyes tipo.

33. En la armonización del derecho internacional privado existen tres organismos principales, a saber, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

34. No obstante algunos de los instrumentos creados por la Conferencia de La Haya, ^{5/} CNUDMI y UNIDROIT tienen sólo un número reducido de Partes y, por lo tanto, su aplicación es limitada o todavía no están en vigencia. Asimismo debería notarse que se aplican principalmente, y en algunos casos exclusivamente, a transacciones comerciales.

35. En los casos donde se elige el tribunal del demandado, pueden surgir cuestiones relacionadas a los costos financieros y a la ayuda jurídica para extranjeros, y a veces el país del demandado cuenta con este tipo de mecanismos. La Conferencia de La Haya adoptó el Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia, que estipula que los nacionales de cualquier estado contratante tendrán derecho a ayuda jurídica para procedimientos judiciales en cuestiones civiles o comerciales dentro de las mismas condiciones que si fueran nacionales, aun si este Convenio sólo tiene 24 Partes. Asimismo se observó que algunos estados ya brindan, en ciertas circunstancias, acceso gratuito a la justicia tanto a los nacionales como a los extranjeros. Dado que estas medidas no están disponibles en todas las jurisdicciones, el desarrollo de un programa o programas de ayuda jurídica en litigios, dentro del régimen internacional, podría ayudar a facilitar el cumplimiento entre jurisdicciones.

36. Cuando un demandante instituyera un caso en su país, podría resultar difícil aplicar la sentencia ínterjurisdiccionalmente. Por lo general la aplicación dependerá de las legislaciones nacionales. No se ha tenido mucho éxito con los esfuerzos internacionales destinados a crear un mecanismo de reconocimiento y aplicación de sentencias extranjeras. Si bien la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya brinda un mecanismo de aplicación entre sus Partes, tiene la limitación de que sólo hay cuatro Partes.

37. La Convención sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005, adoptada bajo la Conferencia de La Haya, una vez que entre en vigencia será muy importante dentro de la jurisdicción de los estados que son Partes en la Convención.

38. Esta Convención establece las reglas que determinan cuándo un tribunal deberá ejercer y no podrá declinar el ejercicio de competencia en los casos en que las partes comerciales hayan suscrito un acuerdo exclusivo de elección de foro. La Convención también prevé el reconocimiento y la aplicación de las sentencias resultantes, con una opción para que los estados que son partes acuerden en forma recíproca reconocer las sentencias basadas sobre una elección de acuerdo de foro que no fuera exclusiva.

^{5/} Las siguientes convenciones fueron adoptadas por la Conferencia de La Haya (http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=10#litigation):

- Convención de La Haya que abole el requisito de legalización de documentos públicos extranjero, del 5 de octubre de 1961;
- Convención sobre la notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles o mercantiles, del 15 de noviembre de 1965;
- Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en cuestiones civiles o comerciales, del 18 de marzo de 1970;
- Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia, del 25 de octubre de 1980;
- Convenio sobre el Procedimiento Civil, del 1 de marzo de 1954;
- Convenio relativo a la competencia del fuero contractual en caso de venta con carácter internacional de bienes muebles corporales, del 15 de abril de 1958;
- Convención sobre Elección de Foro, del 25 de noviembre de 1965;
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, del 1 de febrero de 1971;
- Protocolo Suplementario a la Convención de la Haya sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, del 1 de febrero de 1971;
- Convención sobre Acuerdos de Elección de Foro, del 30 de junio de 2005.

39. Si bien el derecho internacional privado no prevé litigios transfronterizos, la ausencia de una armonización plena, así como la falta de capacidad de los países en desarrollo y de las comunidades indígenas y locales, *inter alia*, pueden crear retos para la resolución de controversias sobre el acceso y la participación en los beneficios. Por lo tanto, podría considerarse el establecimiento de estipulaciones en el régimen internacional sobre derecho internacional privado.

Resolución de controversias como alternativa

40. Las partes en el acuerdo sobre acceso y participación en los beneficios (contrato) pueden elegir evitar dificultades que surjan de la ausencia de normas armonizadas de derecho internacional privado, optando por la alternativa de resolver las controversias. ^{6/}

41. Una ventaja importante de la resolución de controversias como alternativa es la relativa facilidad de aplicación de laudos arbitrales extranjeros debido a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (“Convención de Nueva York”) de 1958. Un laudo arbitral que se origina en un país que es una parte en esa Convención puede aplicarse en cualquier otra parte sin un examen de mérito, excepto ciertas bases específicas limitadas. Al 29 enero de 2009 la Convención de Nueva York tiene 144 Partes. Sin embargo, deberían tomarse en consideración las excepciones a la Convención y reservas por parte de los estados con respecto a la aplicación de la misma. Varios estados han limitado la aplicación de la Convención a las controversias consideradas como comerciales bajo sus legislaciones nacionales, en tal caso la Convención sólo se aplicaría a acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos) considerados como comerciales.

42. Debería notarse igualmente que, aunque los mecanismos de resolución de controversias como alternativa – resolución amistosa, conciliación, mediación, arbitraje – puedan ser menos caros que una reparación en los tribunales, pueden ser demasiado onerosos para las partes de los países en desarrollo y, especialmente, para las comunidades indígenas y locales. Por lo tanto, el régimen internacional podría considerar la elaboración de un programa que brinde asistencia jurídica en estos casos, similar a lo propuesto en el párrafo 35.

iv) Recursos y sanciones

43. En el caso de una violación de un acuerdo sobre acceso y participación en los beneficios (contrato), las partes en el acuerdo pueden terminar el mismo (contrato) o tratar de que siga vigente y/o, en caso de perjuicio, buscar una indemnización por falta de cumplimiento con el acuerdo sobre acceso y participación en los beneficios (contrato), coherente con los requisitos jurisdiccionales aplicables, bajo la legislación nacional aplicable.

^{6/} La Cámara de Comercio Internacional (ICC) adoptó las siguientes reglas: Corte Internacional de Arbitraje y Reglas de Arbitraje de la ICC, de 1998.

Las Reglas de Arbitraje de la ICC para la resolución de conflictos arbitrales bajo el procedimiento SMTA como reglas implícitas, es decir: reglas de arbitraje que se aplican en el caso en que no se llegue a un acuerdo sobre las reglas arbitrales de un cuerpo internacional por las partes en el conflicto.

El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) adoptó las siguientes reglas: Reglamentaciones Administrativas y Financieras; Reglas Procesales para la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación); Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje); Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación); Reglas Administrativas y Financieras (Servicio adicional); Reglas de Conciliación (Servicio Adicional); Reglas de Arbitraje (Servicio Adicional); Reglas de Determinación de los Hechos (Servicio Adicional).

La Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó las siguientes reglas: Reglas de arbitraje de la CNUDMI (1976); Reglas de conciliación de la CNUDMI (1980); Notas sobre la organización de los procesos arbitrales de la CNUDMI (1996); Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional; Ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional.

Otros sistemas son: la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Asociación Americana de Arbitraje, la Comisión de Arbitraje Internacional para cuestiones Económicas y Comerciales y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

La Corte Permanente de Arbitraje adoptó el Reglamento Facultativo para el Arbitraje de las Controversias Relativas y/o al Medio Ambiente de 2001. La Corte Permanente también adoptó el Reglamento Facultativo para la Conciliación de las Controversias Relativas y/o al Medio Ambiente, el 16 de abril de 2002.

44. Además, no se considera una buena práctica usar las disposiciones penales para lograr recursos civiles tales como el cumplimiento de contratos.

v) *Otras cuestiones*

45. Se consideró la enumeración de partes incumplientes de acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (divulgación de la identidad y daño a la reputación).

b) *¿Podrían adaptarse las medidas existentes para llenar los vacíos?*

46. Se sugirió que se explorasen otros mecanismos provistos por la Corte Permanente de Arbitraje para el medio ambiente y los recursos naturales, tales como una lista de posibles árbitros con pericia específica, de conformidad con el Artículo 27 del *Reglamento Facultativo para el Arbitraje de las Controversias Relativas y/o al Medio Ambiente*.

c) *¿Podrían preverse otras medidas internacionales para abordar estas cuestiones como parte de un régimen internacional?*

47. Podrían tomarse en consideración las siguientes medidas:

(a) Podría establecerse una lista de comprobación que, *inter alia*, permita identificar, caso por caso, los instrumentos pertinentes destinados a la armonización del derecho internacional privado;

(b) Cláusulas tipo que se desarrollarán bajo el régimen internacional;

(c) Se reconoció la posibilidad de incluir en el régimen internacional normas relacionadas con el reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras. (Véase el párrafo 39);

(d) Hay varios tipos de arbitraje y cuerpos de arbitraje, como la ICC, la Corte Internacional de Arbitraje, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y la Corte Permanente de Arbitraje. Se sugirió que el régimen internacional proveyera su propio mecanismo de arbitraje, probablemente aplicando las normas existentes, con el fin de responder a las necesidades particulares del acceso y participación en los beneficios, tales como la necesidad de árbitros con pericia en dicho acceso y participación, ^{7/} la necesidad de adecuación y también de abordar las cuestiones de costos que preocupan particularmente a los países en desarrollo y las comunidades indígenas y locales;

(e) Se podrían establecer/consolidar mecanismos de intercambio de información que involucren a usuarios y aportadores;

(f) La designación de centros de coordinación nacionales y de autoridades nacionales competentes así como la aclaración de sus funciones y responsabilidades y, para mejorar su desempeño, es crítica para aplicar la legislación sobre acceso y participación en los beneficios;

(g) La importancia de compartir la información como medida preventiva se consideró esencial. Por una parte es crucial que la información sobre los requisitos de acceso y participación en los beneficios relacionados a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos sea clara, y, por la otra, que haya vigilancia de los recursos genéticos por parte de los usuarios;

(h) Como otras herramientas que deberían considerarse se sugirió que los usuarios hicieran declaraciones unilaterales y diligencia debida.

(b) *¿Qué clase de medidas voluntarias están disponibles para mejorar el cumplimiento de los usuarios de los recursos genéticos extranjeros?*

^{7/} A modo de comparación, el Consejo de Administración del ITPGRFA puede elaborar una lista de expertos de la cual las partes en una controversia bajo SMTA pueden elegir árbitro(s).

48. Se suministró a los expertos una compilación de medidas voluntarias presentadas por las Partes. En relación con la lista provista, se subrayó que podría ser útil distinguir las medidas enumeradas conforme a criterios tales como: i) internacional y nacional; ii) estatal y no estatal; iii) medidas actuales y futuras posibles; y iv) medidas que mejoran el cumplimiento como fin primordial y otros propósitos. Además, se sugirieron algunas medidas adicionales y se agregaron a la lista. Una versión revisada de la lista figura en el apéndice de este informe. No obstante las medidas enumeradas es necesario seguir deliberando.

49. Algunos expertos expresaron la opinión de que las medidas voluntarias son una herramienta complementaria que no pueden sustituir a las medidas obligatorias para asegurar el cumplimiento.

50. El mandato del Grupo era identificar medidas voluntarias para mejorar el cumplimiento, no necesariamente asegurarlo. Se reconoció que algunas medidas voluntarias, tales como prácticas idóneas y códigos de conducta, son compromisos unilaterales de autorregulación por los agentes no estatales que los crearon. Se aplican potencialmente sólo a los miembros de esa comunidad y a aquéllos que en última instancia quieren aplicarlos. No asegurarían necesariamente la participación en los beneficios ni el cumplimiento en forma directa, pero podrían promover y facilitar el cumplimiento y, además, tener una función útil de establecimiento de la confianza y podrían ser eficaces en el apoyo de la aplicación de medidas nacionales e internacionales, vinculantes o no vinculantes.

51. La eficacia de prácticas idóneas y códigos de conducta dependerá de la voluntad de la comunidad que se suscribe a ellas, y el alcance que logran apoyadas por las campañas de información y sensibilización. Pueden reforzarse a sí misma mediante presión de los pares, en especial en sectores donde ya están funcionando. Su eficacia también puede mejorarse mediante medidas que promuevan la transparencia y una demostración de que se cumple con ellas.

c) Considerar la forma por la que las definiciones internacionalmente convenidas de apropiación indebida y abuso de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados pudieran prestar apoyo al cumplimiento cuando se ha tenido acceso a los recursos genéticos o han sido utilizados en contravención de la legislación nacional o sin el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas

52. En el nivel nacional términos tales como “apropiación indebida”, “uso indebido” y “biopiratería” no tiene necesariamente el mismo significado. Podría considerarse la armonización de estos conceptos en el régimen internacional.

53. Si se decide introducir definiciones en el régimen internacional se deberían considerar otros cuatro aspectos como mínimo:

54. Primero, la necesidad de una definición. Se reconoció que si bien las definiciones pueden ser útiles, inclusive deseables, no son esenciales. Varios instrumentos jurídicos internacionales han establecido satisfactoriamente derechos y obligaciones sin tener que recurrir a definiciones. El uso de definiciones puede considerarse también dentro del derecho soberano del estado de decidir en su contexto nacional propio. Una vez establecida la definición en el nivel internacional, las definiciones nacionales preexistentes deberían corregirse para que no hubiera problemas de aplicación.

55. Segundo, la cuestión del alcance. En este caso el tipo de acciones que estarían cubiertas por términos tales como apropiación y uso indebidos deberá identificarse claramente. Algunos expertos pidieron que se considerara el término biopiratería.

56. Tercero, la aplicación en los países. Las definiciones vagas no permitirán el cumplimiento. Especialmente se requiere una precisión estricta normalizada para las definiciones utilizadas en el derecho penal.

57. Cuarto, la necesidad de considerar las consecuencias. Por ejemplo, el régimen internacional podría prever la criminalización de ciertos actos en los países aportadores y usuarios, la proscripción de uso de recursos genéticos, la obligación de firmar condiciones acordadas mutuamente o permitir a los países aplicar recursos o sanciones por la violación de las obligaciones relativas a la participación en los beneficios, etc.

d) ¿Cómo pudieran las medidas de cumplimiento responder al derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales?

58. El derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales también aborda por lo general los recursos naturales, inclusive los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos. Estas leyes varían entre las comunidades indígenas y locales en diferentes países y dentro de cada país. Su nivel de incorporación en las legislaciones nacionales también varía entre países y dentro de cada país.

59. Una manera pragmática y eficaz de tomar en consideración las leyes consuetudinarias podría asegurar el respeto por el derecho consuetudinario en acuerdos sobre acceso y/o el régimen internacional. En tales casos la consecuencia jurídica sería la protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, hay comunidades indígenas y locales que pueden no querer firmar esos acuerdos.

60. El respeto de los derechos de las comunidades indígenas y locales constituirá la base del consentimiento fundamentado previo y las condiciones acordadas mutuamente. En particular, el compromiso de los representantes de las comunidades indígenas y locales en la negociación de dichas condiciones permitiría que se tomaran en consideración las leyes consuetudinarias relativas a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos. El acuerdo resultante gobernaría en consecuencia las relaciones entre las comunidades indígenas y locales y el usuario.

61. El régimen internacional podría abordar los derechos de las comunidades indígenas y locales, incluyendo sus derechos a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos. El reconocimiento de sus derechos en el régimen internacional promovería indirectamente el respeto por las leyes consuetudinarias en las legislaciones nacionales de los países donde haya comunidades indígenas y locales. Otra posibilidad podría ser que se dejara a la legislación nacional resolver la cuestión del derecho consuetudinario.

62. Dicho enfoque tomaría consideración el reconocimiento de que el derecho consuetudinario varía entre las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. También se ocuparía de la cuestión del respeto por la especificidad cultural y variedad de leyes consuetudinarias entre los pueblos indígenas, evitando aplicar un enfoque único a todos.

63. Las medidas específicas para promover el cumplimiento podría ser:

(a) El establecimiento o reconocimiento de las autoridades competentes indígenas para asesorar sobre los procesos aplicables para el consentimiento previo, sin y con conocimiento de causa, de las comunidades indígenas y locales, respetando los derechos de dichas comunidades;

(b) Un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente podría contener un mínimo de información relacionada con las comunidades indígenas y locales, inclusive detalles de los titulares de los derechos de los conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos, según corresponda; ^{8/}

(c) Reconocimiento de los derechos actuales de las comunidades indígenas y locales en un contrato estándar y mínimo para los arreglos sobre acceso y participación en los beneficios, tal como se esboza en el proyecto de estudios sobre cumplimiento en relación con el derecho consuetudinario de las

^{8/} Véase el informe del Grupo de expertos técnicos sobre un certificado reconocido internacionalmente, UNEP/CBD/WG-ABS/5/7, párrafo 22.

comunidades indígenas y locales, la legislación nacional, y la legislación interjurisdiccional y el derecho internacional (UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/INF/3, p. 25);

(d) Supervisión del uso de conocimientos tradicionales mediante puntos de comprobación;

(e) Creación de capacidad de los representantes de las comunidades indígenas y locales para facilitar su participación en el consentimiento fundamentado previo y condiciones acordadas mutuamente.

64. Las bases de datos o registros de conocimientos tradicionales que respetan el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales también pueden ser útiles para fomentar el cumplimiento con los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos y a sus leyes consuetudinarias, dado que podrían dar prueba en litigios y proporcionar transparencia y dar confianza en estas prácticas. No obstante hay comunidades indígenas y locales que consideran que estos tipos de instrumentos pueden, en efecto, fomentar la biopiratería, dado que promoverán la difusión pública de los conocimientos tradicionales sin las garantías internacionales necesarias que se respetarán los derechos de las comunidades indígenas y locales.

e) **Analizar si son necesarias particulares medidas de cumplimiento para investigar la intención no comercial, y de ser así, como pudieran estas medidas atender a los retos provenientes de modificaciones de la intención y/o de los usuarios, considerándose particularmente el desafío proveniente de una falta de cumplimiento de la legislación sobre acceso y participación en los beneficios pertinente y/o sobre las condiciones mutuamente acordadas.**

65. Diferenciar entre las actividades comerciales y no comerciales de investigación puede resultar difícil con respecto al uso de los recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales conexos. Las medidas de cumplimiento se vuelven, por lo tanto, difíciles ya que su propósito final puede cambiar.

66. En este sentido las aplicaciones no comerciales podrían ser reguladas bajo los regímenes nacionales de acceso y participación en los beneficios. Se consideraron dos posibilidades. La primera fue suministrar procedimientos de acceso simples y directos respaldados por sólidos recursos y sanciones para usos comerciales y no comerciales.

67. La otra opción es establecer un proceso de acceso separado, más simplificado, para usos no comerciales. En este caso varias legislaciones nacionales han hecho la distinción basada en la intención, los antecedentes de desempeño y los socios del usuario que colaboran en el momento de la aplicación para consentimiento fundamentado previo permitiendo la posibilidad de cambiar la intención con la aprobación del aportador de dicho consentimiento. Asimismo, algunos de ellos han suministrado recursos y/o sanciones para los cambios de intención no aprobados.

68. Los cambios de intención también pueden abordarse en las condiciones acordadas mutuamente.

69. Al reconocer los derechos soberanos de los estados sobre sus recursos naturales y su autoridad para determinar el acceso a sus recursos genéticos, en general los expertos consideraron que la decisión de adoptar procedimientos simplificados de acceso sin intención comercial debería determinarse en el nivel nacional.

70. Como respuesta a la pregunta e), no se requeriría ningún mecanismo especial de cumplimiento.

Apéndice

EJEMPLO DE LISTA DE MEDIDAS VOLUNTARIAS ^{9/}

1. Declaraciones por parte de los usuarios de los recursos genéticos de cumplimiento con conocimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas.
2. Certificación por parte de terceros.
3. Certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente.
4. Directrices y código de conducta específicos a sectores, así como orientaciones intersectoriales que expliquen los pasos y las partes interesadas que se hallan involucradas en el acceso y la participación de los beneficios.
 - a. *Guidelines for Access to Genetic Resources for Users in Japón*, (METI y JBA)
 - b. *ABS Management Tool - Best Practice Standard and Handbook for Implementing Genetic Resources Access and Benefit-sharing Activities* (Stratos y el Ministerio de Asuntos Económicos de Suiza)
 - c. *Access and Benefit-sharing, Good practice for academic research on Genetic Resources* (Academia de Ciencias de Suiza)
 - d. *Guidelines for BIO Members Engaging in Bioprospecting* (Organización de la Industria Tecnológica)
 - e. *Principles on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing* (Botanical Garden Conservation International)
 - f. *Guidelines for IFPMA Members on Access to Genetic Resources and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization* (Federación Internacional de Asociaciones de Fabricantes Farmacéuticos)
 - g. *MOSAICC* (BCCM) (<http://www.belspo.be/bccm/mosaicc>)
 - h. *Principles on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing* (Different botanical gardens and herbaria) (<http://www.kew.org/conservation/principles.html>)
 - i. *Code de Conduct for botanic gardens governing the acquisition, maintenance and supply of living plant material* (Red Internacional de Intercambio de Plantas --IPEN)
 - j. Algunas empresas individuales han creado o se han comprometido públicamente a respetar el requisito de acceso y participación en los beneficios, por ejemplo:
 - i. GlaxoSmithKline (http://www.gsk.com/responsibility/cr_issues/ei_biodiversity.htm)
 - ii. NovoNordisk Guiding Principles (<http://www.novonordisk.com/old/press/environmental/er97/bio/biodiversity.html>)
5. Módulos educativos y de sensibilización.
6. Mecanismo de facilitación e inclusive base de datos sobre prácticas idóneas y base de datos electrónicas para apoyar la vigilancia y el mejoramiento del cumplimiento de los usuarios de los recursos genéticos extranjeros.
7. Nombramiento de un mediador.
8. Establecimiento de centros de coordinación nacionales.
9. Herramientas de búsqueda de patentes.
10. Cláusulas tipo.
11. Respetando los principios de acceso y participación en los beneficios, un requisito de financiamiento para la investigación provenientes de fuertes gubernamentales o fundaciones

^{9/} Esta lista no prejuzga la condición dentro del régimen internacional de ninguno de los elementos enumerados.

privadas (por ejemplo, las directivas de la Fundación Alemana de Investigación, http://www.dfg.de/forschungsfoerderung/formulare/download/1_021e.pdf).

12. Supervisión de cumplimiento con acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos) como parte del sistema de examen de pares de las publicaciones científicas y la norma profesional para publicaciones científicas.
13. Creación de sistemas más transparentes de seguimiento de préstamos, intercambios y/o utilización de recursos genéticos que se transfieren a colecciones y entre colecciones *ex situ* en museos, herbarios, colecciones de cultivos y otros depósitos biológicos.
14. Al negociar acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios (contratos), diferenciar entre proyecto propuesto por investigadores afiliados con instituciones que cumplen con las políticas y prácticas del Convenio de Diversidad Biológica y de antecedentes demostrados de cumplimiento, en oposición a investigadores afiliados con instituciones sin dichas políticas o sin afiliaciones institucionales;
15. Crear incentivos positivos para que las organizaciones de investigación, asociaciones profesionales y editores adopten políticas, procedimientos y sistemas de supervisión de cumplimiento que sean coherente con los principios del Convenio de Diversidad Biológica y las estipulaciones sobre acceso y participación en los beneficios.
